

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** « DES INSTITUTIONS - BRANCHES ET SOURCES DU DROIT »

**Auteur(s) :** Marlène MALTAIS

**Revue :** *RDUS*, 1990-1991, volume 21, numéro 1

**Pages :** **329-332**

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/13440>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## **«DES INSTITUTIONS - BRANCHES ET SOURCES DU DROIT»\***

par Marlène MALTAIS\*\*

Voici l'ouvrage et outil qui manquait à tout novice désirant s'initier de la bonne façon au droit. Cet ouvrage se démarque nettement des usuels photocopiés truffés de phrases célèbres de juristes de même qualité, photocopiés dont l'ordre des extraits pourrait aussi être critiqué. Mais il s'agissait alors de la nécessité de «quelque nourriture» pour le fameux cours d'Introduction au droit. Ce fameux cours, ou encore cette «mission impossible» comme aime à le souligner les auteurs<sup>1</sup>, trouve ses lettres de noblesse avec l'ouvrage signé par le professeur Maurice Tancelin, responsable du contenu juridique et par Danielle Shelton, technologue en éducation, responsable du volet pédagogique du volume.

Si le néophyte peut maintenant s'y retrouver dans le complexe monde juridique, le praticien d'expérience, souvent moulé de la science du droit positif, trouve aussi à apprendre, ou à redécouvrir, ne serait-ce les quelques particularités de la culture juridique lui ayant échappé. Comme quoi il est toujours bon de revenir aux sources, aux fondements de ce monde du droit.

Dès la table des matières l'ouvrage s'annonce fort articulé. Cette table avec ses choix discutés par les auteurs<sup>2</sup>, nous initie au cheminement prévu pour le lecteur. Les auteurs débutent par la nécessaire définition du droit, qui couvre une bonne dizaine de pages et laisse transparaître la difficulté de «nommer» le droit puisque, selon les auteurs, cela revient à une affaire d'opinion, n'y ayant pas qu'une seule et unique conception du droit. Ils poursuivent par les questions: Qui? Quoi? Comment? et Pourquoi?

A la première des questions: Qui? Les institutions, les auteurs présentent une première réponse, celle de l'histoire du droit. Ils nous ramènent jusqu'à l'Empire romain et les prémisses hellénistes, initiateurs du droit pour l'Occident. Ils passent par l'inévitable droit canonique avant d'analyser le droit français et le droit anglais. Ces études débouchent sur le droit québécois et les auteurs entre autres que l'histoire du droit québécois

---

\*. Maurice TANCELIN et Danielle SHELTON, Des institutions - Branches et sources du droit, Montréal, Les Editions Adage inc., 1989, 298 p.

\*\*.

Graduée de la Faculté de droit, Université Laval (LL.D.).

1. p. 9.

2. p. 23.

porte essentiellement sur des aspects juridiques de l'histoire du Québec<sup>3</sup>. Suit la deuxième préoccupation des auteurs: Quoi? Les branches du droit, ces dernières traitées selon cinq axes<sup>4</sup> et de manière métaphorique grâce à l'image de l'arbre<sup>5</sup>. A la troisième analyse ou Comment? Les sources formelles du droit<sup>6</sup>, les auteurs rappellent l'équation de ces sources avec le droit positif en spécifiant qu'il ne s'agit pas de définir les sources formelles par le biais des sources matérielles puisque ces deux expressions ne sont pas de même niveau<sup>7</sup>. Enfin, ils divisent les sources formelles comme suit: loi, jurisprudence, doctrine, coutume; de ces quatre éléments fondamentaux les auteurs suggèrent un tableau circulaire<sup>8</sup> afin de bien montrer l'interaction constante des sources. Pour définir la loi, ils procèdent par descriptions en vertu de la nature et du type de loi, puis de règlement<sup>9</sup>. Les auteurs considèrent fondamentale la distinction entre le sens large et le sens étroit du principe de légalité: c'est sur cette distinction que se vérifie la multiplicité des opinions en droit<sup>10</sup>. Pour ce qui touche l'élaboration de la loi, le propos des auteurs devient plus technique<sup>11</sup>. Par exemple, les deux paliers législatifs sont étudiés: le provincial et le fédéral avec leurs similitudes et leurs différences. Les auteurs rappellent les techniques de mise en vigueur des lois<sup>12</sup> et des règlements<sup>13</sup>, et multiplient les exemples. Enfin, en ce qui concerne l'utilisation de cette loi, ils précisent quelques références juridiques indispensables à tout juriste et plus qu'importants pour le nouveau venu. A la dernière question: Pourquoi?, les auteurs tentent de faire la synthèse des développements précédents en parlant des sources matérielles du droit en tant qu'ensemble des conceptions de tous ordres animant les institutions juridiques<sup>14</sup>. Les éléments suivants sont discutés: histoire, anthropologie, sociologie et linguistique. C'est sur ce dernier domaine que les auteurs concluent. Selon eux les théories linguistiques ont une importance indéniable pour la problématique de la formalisation du langage juridique, et tout particulièrement en informatique. Cette dernière avenue demeure encore sommairement étudiée au Québec.

- 
3. p. 27.
  4. p. 65.
  5. p. 65.
  6. p. 83.
  7. p. 67.
  8. p. 21.
  9. p. 85.
  10. p. 88.
  11. p. 101.
  12. p. 105.
  13. p. 109.
  14. p. 191.

Pour résumer la première partie de cet ouvrage, il y a lieu de dire que celle-ci ouvre, principalement par la pertinence des notes et renvois, sur d'autres lectures juridiques et sur des sentiers nouveaux.

La deuxième partie de l'ouvrage consiste en une série de questions et exercices suivant scrupuleusement le plan proposé à la première partie. Quant à la troisième et dernière partie de l'ouvrage, elle contient divers textes choisis dont ceux de Saleilles, Kant, Portalis, l'*Acte de Québec* et ainsi de suite. Ces textes ont l'heureuse particularité d'être des renvois aux pages pertinentes de la première partie.

En plus de devenir l'outil pédagogique par excellence pour des étudiants en première année du baccalauréat en droit - ce qui est déjà beaucoup - cet ouvrage possède aussi, par son style comme par son riche contenu, valeur de réflexion sur le droit, réflexion qui peut être faite à n'importe quel moment dans la carrière du juriste. Sur ce point les auteurs peuvent d'ores et déjà penser à parfaire ce premier travail, l'étoffer davantage afin qu'il tienne plus du traité que du simple manuel à usage scolaire.

Quant au contenu juridique de l'ouvrage, on peut dire que le professeur Tancelin ne semble pas appartenir à une école de pensée juridique particulière. Il aborde le droit d'une manière critique et historique et se rallie plus à l'épistémologue qu'anti-positiviste, dernier cas qui laisserait croire qu'il prône quelque théorie dite naturelle du droit. Des nuances s'imposent avant de coller quelque étiquette voire imposer l'assignation à une école spécifique. Et si les auteurs avouent privilégier à certains moments la méthode historique, ils rappellent: «Nous avons choisi d'aborder le droit par son histoire. Cette façon de faire n'est pas toujours suivie. Nous l'avons adoptée comme un moyen terme entre les conceptions actuelles du droit que l'on peut ramener à deux courants essentiels: le courant moniste et le courant pluraliste»<sup>15</sup>. Les auteurs conçoivent le courant moniste comme celui qui «envisage la société comme un ordre homogène», et le courant pluraliste comme celui qui rejette «l'idée de société globale» et reconnaît l'existence de «sociétés distinctes». A ce propos ils notent que cette expression est encore débattue au pays avec le déjà célèbre *Accord du Lac Meech*<sup>16</sup>.

---

15. p. 51.

16. p. 52, note 1.

A mon avis c'est bien d'épistémologique qu'il faut qualifier la démarche des auteurs, dans le sens strict de l'étude critique des sciences, et de la formation et des conditions de la connaissance scientifique. Et si le professeur Tancelin s'intéresse au droit positif, il demeure tout aussi soucieux du droit naturel, ce dernier en tant qu'opposé et distinct du positivisme. En fait, monsieur Tancelin devient le critique des deux positions juridiques: droit naturel, droit positif. Les auteurs ramènent à leur juste place, grâce à l'outil historique, ces deux conceptions avec leurs conséquences pratiques sur le droit qui se vit quotidiennement; enfin ils n'oublient pas la souveraine référence au langage<sup>17</sup>. Pour bien faire comprendre leur position, les auteurs soulignent que les expressions sources formelles et sources matérielles sont des instruments purement didactiques alors que le droit positif et le droit naturel sont des catégories du savoir juridique et philosophique<sup>18</sup>.

En résumé, si les auteurs débutent leur propos en disant que la leçon inaugurale d'un cours de droit ressemble à une mission impossible<sup>19</sup>, il est cependant possible d'affirmer, après la lecture de cet ouvrage, que la mission, aussi impossible qu'elle ait pu paraître, a bel et bien été remplie. L'étudiant ayant en main cet outil pédagogique pour ses premières leçons juridiques, possède du même coup le livre de base contenant assez de références fondamentales pour continuer sa réflexion sur le droit.

---

17. Voir R.A. McDonald, *Chronique bibliographique, The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada*, by F.P. Walton, with an Introduction by Maurice Tancelin, Toronto, Butterworth's, 1980, (1981) 59 R. du B. c., p. 214-220: «In the absence of wide spread adherence to a theory of meaning and language which explains law in terms other than those involving the logical fallacy of affirming the consequence, the comprehensive legal theory sought by Professor Tancelin will never be fully achieved».

18. p. 67.

19. p. 9.